



Revista de
Derecho
Comunicaciones y
Nuevas Tecnologías

**RESPONSABILIDAD DE INTERMEDIARIOS Y PRESTADORES
DE SERVICIOS DE INTERNET EN EUROPA Y ESTADOS UNIDOS
Y SU IMPORTANCIA PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

LORENZO COTINO HUESO

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redecom.17.2017.08>

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho

Rev. derecho comun. nuevas tecnol. No. 17
enero - junio de 2017. e-ISSN 1909-7786

Responsabilidad de intermediarios y prestadores de servicios de internet en Europa y Estados Unidos y su importancia para la libertad de expresión

Resumen

Se analizó la responsabilidad de prestadores de servicios en la web 2.0. por los contenidos integrados por los usuarios. El estudio expuso y apostó por soluciones como las norteamericanas, esto es, la general exclusión de responsabilidad que protege a prestadores e intermediarios. Ello evita la censura colateral y el efecto amenazante para la libertad de expresión. En Europa se analizan sentencias como la del caso *Delfi* de 2015 y la insuficiente Directiva 2000/31/CE o la Ley 34/2002 en España. Este sistema europeo ha degenerado hacia la fragmentación, el decisionismo, la inseguridad jurídica y es negativo para la libertad de expresión. Sin embargo, no está a la vista una reforma. Finalmente, se realizan algunas propuestas.

Palabras clave: libertad de expresión, internet, medios de comunicación, redes sociales, Google, derecho al olvido, responsabilidad de intermediarios.

Liability of intermediaries and internet service providers in Europe and the United States and freedom for speech

Abstract

The responsibility of service providers in the web 2.0. for the contents integrated by the users is analyzed. The author defends and exposes the general solution in the US: the general exclusion of liability that protects providers and intermediaries. With this model "Collateral censorship" and the "chilling effect" on freedom of expression are avoided. As regards Europe, judgments such as the *Delfi* case of 2015 of ECHR and the insufficient Directive 2000/31/EC or Law 34/2002 in Spain are analyzed. The European system is criticized for its fragmentation, decisionism, legal insecurity and because this model is negative for freedom of expression. However, it is noted that a reform is not planned. Finally, some proposals are made.

Keywords: freedom of speech, mass media, internet, social networking, Google, right to be forgotten, liability of Internet providers.

Responsabilidad de intermediarios y prestadores de servicios de internet en Europa y Estados Unidos y su importancia para la libertad de expresión*

LORENZO COTINO HUESO**

SUMARIO

Introducción – I. LA DIFICULTAD DE ATRIBUIR Y PERSEGUIR LOS ILÍCITOS EN LA BASE DEL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD DEL INTERMEDIARIO – II. LA RESPONSABILIDAD DE PRESTADORES EN ESTADOS UNIDOS Y LA IMPORTANCIA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN – III. LINEAMIENTOS JURISPRUDENCIALES EUROPEOS RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD POR CONTENIDOS Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ESPECIAL ATENCIÓN A LA SENTENCIA *DELFI* DE 2015 – A. *Algunos lineamientos básicos en la jurisprudencia europea* – B. *La importante responsabilización a los intermediarios por no vigilar los contenidos que alojan y otros criterios en las discutibles sentencias TEDH del caso Delfi vs. Estonia de 2013 y 2015* – IV. EL SISTEMA GENERAL DE RESPONSABILIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN ESPAÑA – V. LA APLICABILIDAD PREVIA DEL RÉGIMEN DE EXCLUSIÓN DE LA LEY 34/2002 RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN Y DE OTROS RÉGIMENES COMO LA LEY DE PRENSA – A. *Las vías constitucionales de exención como el reportaje neutral o las cartas al director se aplican además del régimen legal específico de exclusión de la Ley 34/2002* – B. *El régimen de exclusión de responsabilidad específico para internet se aplica previamente a otros regímenes de responsabilidad* – VI. LA REGULACIÓN RECIENTE ESPECÍFICA PARA EL ÁMBITO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – VII. LA ETERNAMENTE ESPERADA REFORMA DE LA DIRECTIVA 2000/31/CE – VIII. PARA CONCLUIR, UNA CARTA A LOS REYES. LA NECESIDAD DE QUE EL LEGISLADOR ASUMA SU PAPEL Y REGULE MÁS Y MEJOR LA RESPONSABILIDAD VELANDO A SU VEZ POR LAS LIBERTADES INFORMATIVAS – A. *Una mejor regulación legal de la responsabilidad por contenidos ilícitos en internet, sin excluir regulaciones específicas y sectoriales* – B. *Una regulación legal actualizada al presente de internet y en la que “el tamaño importa”* – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Cotino Hueso, L. (Junio, 2017). Responsabilidad de intermediarios y prestadores de servicios de internet en Europa y Estados Unidos y su importancia para la libertad de expresión. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, (17). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redecom.17.2017.08>

Estudio realizado en el marco del Proyecto I+D+I, MINECO (España), “El avance del Gobierno Abierto. Régimen jurídico constitucional de la implantación de políticas de transparencia, acceso a la información, datos abiertos, colaboración y participación especialmente a través de las TIC y del gobierno electrónico” DER2015-65810-P (2016-2018). Asimismo es producto de investigación en el marco del proyecto financiado por la Corporación Universitaria de Sabaneta, Antioquia, línea de Derecho Público, grupo de investigación “Estudios constitucionales, medio ambiente y territorio” (Colciencias COL0111291), de la Corporación Universitaria de Sabaneta (Unisabaneta).

** Profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad de Valencia (España). Coordinador de la Red www.derechotics.com

Introducción

Ahora, en cierto modo, cada ciudadano se ha convertido en medio de comunicación. Internet prometió información y discurso barato (*cheap speech*), al decir de Volokh (1995). Así ha sido en todos los sentidos: creación ingente de información por buena parte de la población y, también, masivos contenidos ilícitos y lesivos de bienes y derechos. La atribución de la responsabilidad por la difusión de contenidos ilícitos en la red es una cuestión clave no solo para el tratamiento jurídico de internet, también para la realidad del ejercicio de las libertades y de las garantías de los derechos de la personalidad, así como para el desarrollo mismo de la red. En español no son muchos los estudios sobre las libertades informativas en internet (Cavanillas, 2007; Peguera, 2007), en muy buena medida en obras que he coordinado. El tema —lamentablemente— no atrae mucho la atención en contraste con EE. UU. La cuestión clave de la responsabilidad no suele observarse desde la perspectiva de las libertades de expresión e información, que es en lo que se centra este estudio. El problema cabe centrarlo en la responsabilidad que adquieren los variados prestadores de servicios en internet que facilitan e intermedian el acceso a tales contenidos ilícitos (textos, audios, vídeos, fotos, programas, etc.), y que han sido integrados por terceros usuarios de los servicios que ofrecen tales prestadores. Y es un problema que afecta tanto a las grandes corporaciones cuanto a los individuos internautas. De un lado, de esta cuestión se hace depender el modelo de negocio y viabilidad de los prestadores de servicios de la

sociedad de la información (PSSI) más empleados en la red (Google, Youtube, Facebook, Twitter, Wordpress, Blogger, Amazon, eBay, Flickr, Wikipedia, etc.). Pero, del otro lado, la cuestión condiciona también el desarrollo de la web 2.0 misma, por los cientos de millones de usuarios que participan e interactúan y crean, y también alojan tales contenidos. Y es que, además de los grandes prestadores de servicios, hoy día la red se “teje” por no menos de un tercio de los internautas, “heavy users”, que participan generando, difundiendo y redifundiendo contenidos. Frente a la web 1.0, ahora se permite la integración, interacción y selección de contenidos por el usuario, que deja de ser un receptor, un consumidor de información, para convertirse en un prosumidor (*prosumer*) de información, esto es, un híbrido de consumidor y productor de contenidos, en deliberación continua. “Sólo” hablamos de unos 3.400 millones de usuarios en internet, un 46,4 % de la población mundial, 350 millones en América Latina (56 %) y 600 millones en Europa (73.5 %), de los que una parte nada despreciable generan y redifunden contenidos habitualmente.

I. LA DIFICULTAD DE ATRIBUIR Y PERSEGUIR LOS ILÍCITOS EN LA BASE DEL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD DEL INTERMEDIARIO

En internet se generan problemas casi insuperables de atribución y persecución de la responsabilidad civil, administrativa o penal, según se trate, por causa de los contenidos. Las dificultades materiales y jurídicas son muchas.

Cabe centrar ahora la atención en las que considero más importantes.

– Los problemas para perseguir contenidos ilícitos para el derecho nacional, por estar ubicados fuera del ámbito territorial, bien los autores del contenido, prácticamente irrastreables, bien los prestadores de servicios donde se alojan tales contenidos (ej.: Google). Las dificultades se multiplican: trabas para hacer efectiva la labor de control, de persecución, de borrado o bloqueo al acceso al contenido conflictivo, las barreras jurídicas o en la práctica a la colaboración internacional administrativa policial y judicial. Destaca el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, suscrito en Budapest el 23 de noviembre de 2001, del ámbito del Consejo de Europa. También resulta compleja o no determinada la fijación de la jurisdicción y el derecho aplicable, así como el sometimiento de los grandes —y pequeños— prestadores de servicios. La tan famosa sentencia del derecho al olvido frente a Google ha dejado claro que el derecho europeo de protección de datos se aplica a Google. Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE), Gran Sala, de 13 de mayo de 2014 en el asunto C-131/12, en el procedimiento entre *Google Spain, S.L., Google Inc. vs. la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González*. También el reglamento europeo de protección de datos va a aplicarse a tratamientos de datos dirigidos a la Unión Europea, pero más allá de la protección de datos quedarán cuestiones pendientes. La competencia

judicial internacional por vulneración del derecho a la protección de datos es hoy día un asunto laberíntico de enorme dificultad, que exige la integración de normas internacionales y nacionales de la mayor variedad. El asunto ya es complejo entre países de la Unión Europea (UE) y más complejo aún si lo que cabe es conocer el régimen aplicable a los tratamientos de datos personales desde fuera de la UE de residentes en la UE.

Para dar una respuesta en España cabe acudir al artículo 2 de la LOPD y al artículo 4 del Reglamento «Roma II». De hecho, ante el diferente derecho aplicable y, sobre todo, la diferente percepción de los conflictos de libertad de expresión y derechos de la personalidad en unos Estados y otros, se puede hablar de prácticas de competencia desleal (*dumping*) o de turismo de la difamación, por las que el afectado busca el foro más beneficioso por una más intensa concepción de los derechos de la personalidad o porque al acusado puede salirle más cara o dificultosa su defensa, quedando impelido a la negociación (en Estados Unidos Little, 2012). Como solución, incluso se especula con “modalidades alternativas de solución de conflictos (ADR)” para desjudicializar e internacionalizar las disputas con mecanismos voluntarios.

– Las barreras —jurídicas y técnicas— para conocer el autor, difusor o redifusor del contenido. Técnicamente, lo normal es que, quien consciente de su ilicitud integra un contenido en un prestador o intermediario,

lo hace de forma anónima y, con suerte, es posible conocer el ordenador desde el que accede, a través de la retención del número que identifica una dirección IP (protocolo de internet por sus siglas en inglés). No obstante, es muy fácil utilizar mecanismos para hacer irrastreable la IP real del autor, así como es sencillo acceder a través de equipos que nada tienen que ver, o cometer la conducta a través de ordenadores de acceso público. Jurídicamente, incluso conociendo el ordenador desde el que se ha cometido el ilícito, la definitiva atribución de responsabilidad a una persona concreta es bien difícil, sobre todo en el ámbito penal. De igual modo, las dificultades jurídicas para tratar de localizar al responsable por posible conflicto con derechos fundamentales (especialmente los derechos de la personalidad, privacidad y protección de datos, artículo 18 Constitución europea) son por lo general grandes en el ámbito penal, importantes en el ámbito administrativo y casi infranqueables en el ámbito civil o laboral. Y es más, el anonimato ha sido y es importante para el desarrollo de internet y para la libertad de expresión misma. Por ello, a la hora de configurar la red y el régimen de prestación de servicios, así como para desvelar la identidad en supuestos concretos, debe efectuarse una ponderación también desde esta libertad (Roig, 2011).

- Son también muchos los límites para atribuir la autoría y responsabilidad de los contenidos conflictivos en razón de la estructura misma de internet y, en especial, de los

usos de la web 2.0. Lejos de esquemas clásicos, ahora se trata de contenidos “sociales” que son el resultado de acción, interacción y colaboración de muchos usuarios de internet, tanto en la gestación del contenido como en su difusión. Por ello, es bien complejo determinar de forma aislada una responsabilidad concreta. Más que valorar el contenido ilícito en sí, hay que valorar la acción relacionada con este. Como es bastante habitual, el contenido conflictivo puede haberse conformado a partir de otros (ejemplo: con enlaces o *embeds* a textos, audios, fotos, vídeos de terceros, remezclando tales contenidos). Se trata de una conducta que es totalmente masiva e integrada en la cultura y usos de internet, lo cual hace difícil atribuir responsabilidad a quien la acomete. Asimismo, cuando se considera que estas acciones lesionan la propiedad intelectual, especialmente desde EE. UU. se sostiene que la libertad de expresión dota de cobertura a la remezcla de contenidos y tales prácticas (Balkin, 2004). En consecuencia, se dificulta tanto la determinación de la responsabilidad de la fuente original del contenido ilícito —si se llega a conocer—, como del daño que tal fuente original haya finalmente generado en razón de la redifusión final por terceros. También, pasa a cobrar especial importancia la redifusión de un contenido ajeno (reenvío de un mail o whatsapp, el *retuiteo*, afirmar que “gusta” un contenido de otro, valorarlo, *menearlo*, etc.). Estas conductas pueden estar fácilmente amparadas por el derecho a la información y, además, es bien difícil fijar si hay responsabilidad y,

de haberla, el daño concreto generado por un individuo de los miles o cientos de miles que hayan contribuido a la redifusión del contenido ilícito. Y, obviamente, es difícil si no imposible la persecución masiva de todos estos sujetos. También, la generación de contenidos colaborativos y su difusión también colaborativa (por ejemplo Wikipedia) conduce a la práctica imposibilidad de conocer la autoría del resultado gestado y transmitido por innumerables personas.

A la vista de estos problemas o barreras, se trata, pues, de determinar la responsabilidad de autores de información y, por lo que aquí más interesa, la responsabilidad de los diversos intermediarios, ya sean grandes o pequeños. Y las decisiones que se adopten —o la falta de decisiones— ante la cuestión son esenciales tanto para el ejercicio de las libertades informativas como para la garantía de otros derechos y libertades en juego. La respuesta o respuestas jurídicas deben venir inspiradas por unos u otros principios, derechos o bienes e intereses en juego. Hay que elegir. En este estudio se apuesta por la prevalencia de las libertades informativas y que estas se erijan en tal principio inspirador, sin perjuicio de armonizarlo o ponderarlo con otros derechos, bienes e intereses jurídicos.

En este sentido, considero adecuado optar por la tendencia que implica la respuesta (o las respuestas) de EE. UU. (Cotino, 2008). Ello, frente a la normativa ambigua o carente de respuestas concretas, la inactividad que se da en Europa para resolver la cuestión —mala tanto

para las libertades como para otros derechos e intereses en juego— o, también, la corriente más contraria a tales libertades y proclive, en principio, a privilegiar los derechos de la personalidad y, en especial, la propiedad intelectual u otros bienes jurídicos en juego.

II. LA RESPONSABILIDAD DE PRESTADORES EN ESTADOS UNIDOS Y LA IMPORTANCIA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En EE. UU. el régimen general de responsabilidad de los prestadores e intermediarios que se aplica es el de la Sección 230 de la Communications Decency Act de 1996 (Ley de Decencia en las Comunicaciones), que confiere un “puerto seguro” (*safe harbour*) a los proveedores de “servicios interactivos” por el discurso y contenidos ilícitos de sus usuarios. Los tribunales interpretan muy ampliamente esta exclusión de responsabilidad, de modo que se blinda a los grandes operadores y prestadores por los contenidos ilícitos que intermedian, incluso si se niegan a retirar el contenido a petición del afectado. La respuesta inicial y general se da en *Zeran vs. AOL*, 129 F.3d 327, 328 (4th Cir. 1997). Asimismo, no se es responsable en muchas sentencias aunque no sean diligentes en la identificación de usuarios o generen espacios que facilitan los contenidos conflictivos. Es más, el puerto seguro protege también como servicios interactivos a los usuarios de servicios que difunden y redifunden información de terceros. Tal protección se da incluso aunque conozcan, seleccionen o promocionen la línea

o idea de tales contenidos de terceros (entre otras, *Carafano v. Metroplash.com* 339 F.3d 1119 (9th Cir. 2003)). Es cierto que en Estados Unidos hay posiciones doctrinales disidentes de tan generosa exclusión (Wu, 2011) de responsabilidad a prestadores e intermediarios, así como corrientes favorables a vías para responsabilizar al prestador o intermediario. No obstante, la jurisprudencia norteamericana prácticamente no tiene fisuras al respecto (*Fair Housing Council v. Roommates.com* 521 F.3d 1157, 9th Cir. 2008).

El fundamento de esta posición fue y es una clara apuesta por el desarrollo de internet, del que EE. UU. es origen y matriz de las principales empresas. Al mismo tiempo, este sistema de responsabilidad trae causa de la protección de la libertad de expresión que implica la red. Blindando a los prestadores e intermediarios se pretende evitar la censura colateral (*collateral censorship*), según Wu (2011, p. 298) y el efecto amenazante (*chilling effect*) que, en concepto de Schauer (1978, p. 689), supone otra opción: incertidumbre por la legalidad de los contenidos, altos costes de defensa y la amenaza de la importante sanción o indemnización que pueda darse. La inmunidad es la respuesta necesaria frente a la amenaza de censura colateral (Wu, 2011, p. 298), de modo que no hay incentivo para bloquear contenidos lícitos. Se trata de la preferencia a favor de la difusión de ideas frente a la restricción de contenidos, aun a costa de los inevitables errores que ello implica. Cabe recordar que esta doctrina del efecto amenazante fue aplicada precisamente en la sentencia *ACLU vs. Reno*, del

Tribunal Supremo de Estados Unidos, de 26 de junio de 1997, sentencia básica sobre libertad de expresión e internet.

Si el prestador de servicios o intermediario del contenido puede ser responsable por los contenidos ilícitos que aloja o a los que facilita el acceso (con enlaces o un buscador, por ejemplo), la reacción posible puede ser que cierre la posibilidad de que el usuario integre contenidos. En muchos casos, ello supone la desaparición misma de servicios 2.0 que se definen por la integración de contenidos por terceros. Otra posibilidad es que el prestador o intermediario cambie de modelo y pase a ser editor, y a controlar masiva y activamente tales contenidos para evitar responsabilidad alguna. Y lo más posible en ese caso es que el criterio de autocensura sea muy estricto para evitar cualquier conflicto o reclamación de responsabilidad. El resultado es, pues, la no difusión de contenidos perfectamente lícitos, aunque sean molestos o nocivos (Comisión Europea, 1996) y, también, de los contenidos socialmente deseables (Cotino y de la Torre, 2002). Obligar a editar y controlar contenidos de forma masiva también puede suponer que solo unos pocos prestadores o intermediarios tengan la capacidad personal y económica para hacerlo, concentrando en muy pocos la posibilidad de difundir información y opinión en internet, tendencia precisamente contraria a lo que la misma red supone.

En Europa, el TJUE ha tenido en cuenta los efectos indirectos o colaterales negativos para la libertad de expresión que se pueden provocar por imponer sistemas técnicos de filtrado o

control previo de contenidos que no discriminen entre los lícitos y los ilícitos. Así, sentencias del TJUE de 24 de noviembre de 2011, Asunto C-70/2010, *Scarlet Extended vs. SABAM* y Asunto C-360/10 *SABAM vs. Netlog*, de 16 de febrero de 2012. Como es bien sabido, sí que es posible imponer al buscador Google que actúe frente a solicitudes que exigen desindexar contenidos que indexa.

Incluso se puede hablar de un acoso informacional (*infomobbing*), que de acuerdo con Alonso (2008, p. 42) se produciría al perseguir y exigir la retirada de contenidos ilícitos de terceros y responsabilizar por estos a los contrarios o adversarios, valiéndose del marco jurídico. Cabe adelantar que en España, una parte de los casos que han llegado a los tribunales ha sido por las acciones emprendidas por la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) o su entorno, por las críticas u ofensas alojadas en asociaciones de internautas, páginas web críticas (antiSGAE, Alasbarricadas, El Jueves, Frikipedia, etc.). En este punto es menester indicar que las persecuciones bien pueden ser por lesiones de los derechos del artículo 18. 1º CE, si bien en ocasiones resulta más sencillo acometer estos ataques afirmando la ilicitud por vulnerar algunos deberes de la Ley 34/2002, de 11 julio, de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, la protección de datos (art. 18. 4º CE) o la propiedad intelectual. En estos ámbitos, el incumplimiento de la legalidad es hoy día masivo, aunque en el tratamiento jurídico suele quedar en cierto modo ocultado que están también en juego las libertades informativas (Cotino, 2010).

La Ley 34/2002 señala que la amenaza de fuertes sanciones, unida a la ambigüedad del sistema legal de atribución de responsabilidad en internet, implica un importante efecto disuasorio para el ejercicio de la libertad de expresión (Escobar, 2011, p. 127). En nuestro país esta doctrina norteamericana ha tenido eco y es plenamente aducible a esta situación. En la STC 136/1999, FJ 4º, se afirmó “la exigencia del empleo de una especial moderación en la represión de actividades relacionadas con este derecho” (las libertades informativas), y se criticaba el uso de tipos sancionadores ambiguos e indeterminados. En otros casos, este Alto Tribunal ha unido el efecto disuasor con el concepto mismo de censura, afirmando que

la razón de que su interdicción [de la censura] deba extenderse a cuantas medidas pueda adoptar el poder público que no solo impidan o prohíban abiertamente la difusión de cierta opinión o información, *sino cualquier otra que simplemente restrinja o pueda tener un indeseable efecto disuasor sobre el ejercicio de tales libertades*. (STC 187/1999, Sala Segunda, 25 octubre, FJ 4º).

Cabe señalar que en EE. UU. hay otros regímenes de responsabilidad de prestadores e intermediarios en ámbitos penales y, sobre todo, destaca el sistema de responsabilidad por ilícitos de propiedad intelectual establecido por la Digital Millennium Copyright Act (DMCA), aprobada en octubre de 1998. Se trata de un sistema bastante ágil que facilita que se *barran* los contenidos de los que nadie se respon-

sabiliza ni quiere defender su legalidad, por lo general, contenidos palmariamente ilícitos integrados anónimamente. El afectado por tales contenidos se comunica con el prestador o intermediario del contenido ilícito, quien si no se responsabiliza, nadie debe dejar de hacerlos accesibles para no pasar a ser responsable de dicho contenido. Por el contrario, si se radica la autoría y se *da la cara* por los contenidos polémicos, la libre expresión parece prevalecer y la cuestión queda sometida a la decisión cautelar de la autoridad judicial (sección 512 de la Copyright Act, versión DMCA). Se advierte desde EE. UU. que este régimen en la práctica afecta y coacciona el ejercicio de la libertad de expresión (Seltzer, 2010). Y bien puede ser cierto. Sin embargo, sin perjuicio de ser mejorable el sistema, dada la certidumbre que confiere este régimen jurídico, lo considero mejor para la protección de la libertad de expresión e información que la situación que se da en la UE y su desarrollo en España, que a continuación se expone.

III. LINEAMIENTOS JURISPRUDENCIALES EUROPEOS RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD POR CONTENIDOS Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ESPECIAL ATENCIÓN A LA SENTENCIA DELFI DE 2015

A. Algunos lineamientos básicos en la jurisprudencia europea

Algunas ideas fuerza pueden extraerse y esenciarse a partir de la jurisprudencia europea:

La libertad de expresión la ejercen todos los que difunden contenidos en internet, tengan o no ánimo de lucro. Como se ha señalado, la STJCE (Gran Sala), de 16 de diciembre de 2008, cuestión prejudicial asunto C-73/07, afirma que la libertad de expresión impone interpretar ampliamente la noción de “periodismo” para dotar de mayor protección a la difusión de contenidos en la red. Ya en esta línea se había adelantado el auto de 12 de septiembre de 2007 en el mismo caso (ap. 60).

La ponderación entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad como la protección de datos debe realizarse bajo el principio de la proporcionalidad en sede estatal, responsabilidad básica del juez nacional. En la STJCE de 6 de noviembre de 2003, caso *Lindqvist*, no se encuentran muchas determinaciones sobre las libertades informativas en internet, pese a que las partes incitaron a analizar la cuestión desde la perspectiva de la libertad de expresión en internet. Por lo que aquí interesa, la STJUE recordó que la ponderación entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad como la protección de datos debe realizarse bajo el principio de la proporcionalidad en sede estatal, responsabilidad básica del juez nacional (aps. 85 y ss.).

El prestador de servicios de internet o intermediario goza de la exclusión de responsabilidad “cuando no desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados”. En la sentencia TJUE de 23 de marzo de 2010 (asuntos acumulados C-236/08 y C-238/08 *Google France y Louis*

Vuitton) se parte de que para gozar de la exclusión de responsabilidad que confiere la Directiva 2000/31/CE de comercio electrónico, la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información tiene naturaleza “meramente técnica, automática y pasiva”, lo que implica que el prestador de servicios o intermediario “no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada” (ap. 113). En esta dirección, cabe mencionar diversas sentencias condenatorias a Google, por sus sugerencias de búsqueda, como la sentencia de 12 de julio de 2012, de la Corte de Casación francesa. En Gran Bretaña, por ejemplo, se ha denegado la exclusión de responsabilidad cuando hay algún género de moderación posterior de los contenidos por parte del intermediario que los aloja, ya se tratara de remover otros comentarios ofensivos o incluso la corrección tipográfica o gramatical (*Kaschke v. Gray & Anor*, [2010] EWHC 690 (QB), 29 de marzo de 2010).

No puede imponerse a los prestadores o intermediarios que establezcan controles o filtros técnicos de contenidos en internet sin distinguir entre contenidos lícitos o ilícitos. Las sentencias del TJUE de 24 de noviembre de 2011, Asunto C-70/2010, *Scarlet Extended vs. SABAM* y Asunto C-360/10 *SABAM vs. Netlog* de 16 de febrero de 2012, no permiten que judicialmente se impongan controles y filtros técnicos y preventivos a prestadores de servicios y redes sociales para evitar la comisión de ilícitos de propiedad intelectual y protección de datos. El TJUE considera que deben prevalecer la libertad de expresión y la protección de los usuarios que serían controlados y rastreados,

así como la libertad de empresa frente a la imposición de estos controles. Se afirma la vulneración de la libertad de información, “dado que se corre el riesgo de que el citado sistema no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito” (STJUE de 24 de noviembre de 2011 SABAM, apartados 52 y 53).

Sin perjuicio de lo anterior, en razón de sentencia del TJUE de 27 de marzo de 2014 (caso Google), me permito subrayar que *sí que es posible que un juez solicite a un proveedor de internet que bloquee el acceso de sus clientes a un sitio web que vulnera los derechos de autor.* El TJUE señala que el juez nacional que ordene la medida debe ponderar derechos y libertades e intereses en juego. Se afirma cuanto menos que las medidas de bloqueo de acceso a los usuarios “no priven inútilmente a los usuarios de Internet de la posibilidad de acceder de forma lícita a la información disponible” (n.º 63) y que “tanto los internautas como también el proveedor de acceso a Internet deben poder hacer valer sus derechos ante el juez” (n.º 54). No obstante, no es necesario probar que los usuarios del servicio acceden efectivamente a los contenidos ilegales.

El titular de derechos de propiedad intelectual afectado puede solicitar que se prohíba la retransmisión de sus obras al tratarse de una “comunicación al público” en internet. En este ámbito, la sentencia del TJUE, asunto C-607/11 (*ITV Broadcasting Ltd. y otros / TVCatchup Ltd*) de 7 de marzo de 2013.

No puede ordenarse a los prestadores que bloqueen contenidos sin discriminar entre los que son lícitos y los ilícitos y para que se adopten medidas de bloqueo es necesaria una regulación legal que dé previsibilidad, certeza y garantías suficientes en la materia. La STEDH de 18 de diciembre de 2012, en el asunto *Ahmet Yıldırym c. Turquía*, ha sido la primera de este alto tribunal que aborda la libertad de expresión en internet. Se entiende que viola la libertad de expresión la imposición —judicial— de medidas de bloqueo de acceso a contenidos en internet, que no discriminaron contenidos del sitio de internet implicado en un proceso penal y los de otros sitios del servicio Google sites con contenidos al margen de dicho proceso. El TEDH aprovecha la ocasión para fijar algunos parámetros de la regulación del bloqueo de contenidos en internet (aps. 64 y ss.):

Es necesario un marco legal para garantizar tanto un control estricto sobre el alcance de las prohibiciones y con la garantía de la tutela judicial efectiva para prevenir cualquier abuso de poder (...) la revisión judicial de la medida sobre la base de una ponderación de los intereses contrapuestos ha de estar diseñada para lograr un equilibrio entre estos intereses. (ap. 64).

El TEDH admite el bloqueo judicial de contenidos, pero siempre que se cuente con un marco legal concreto, previsible por los intermediarios y afectados, diseñado para lograr un equilibrio de intereses y que regule el control judicial de las medidas. Asimismo, es preciso que la legislación imponga al juez que se adopte la medi-

da menos restrictiva, de modo que bloquee el mínimo de contenidos posibles y, en principio, solo se bloquee la web concreta.

La relación de esta sentencia con la responsabilidad de prestadores es mayor de lo que puede parecer. A mi juicio, lo más importante es que la indeterminación jurídica en esta materia conlleva la violación misma de la libertad de expresión. Y, además de imponerse la necesidad de regulación, el TEDH fija unos estándares de previsibilidad, certidumbre, garantías y ponderación de todos los intereses, que deben proyectarse a la regulación de la responsabilidad por contenidos en internet.

B. La importante responsabilización a los intermediarios por no vigilar los contenidos que alojan y otros criterios en las discutibles sentencias TEDH del caso Delfi vs. Estonia de 2013 y 2015

Es bien importante para la materia que nos ocupa la STEDH en el caso *Delfi vs. Estonia*, de 10 de octubre de 2013. Dada su gran importancia, excepcionalmente fue admitido su recurso ante la Gran Sala del TEDH, que ha venido a ratificarla en su sentencia de 15 de junio de 2015. De estas sentencias se pueden derivar no pocos criterios que pueden ser muy importantes para internet. Afortunadamente la sentencia de 2015 ha atemperado, y mucho, los efectos que se podrían derivar de la sentencia de 2013.

Delfi es un medio digital de Estonia que permite comentarios de los usuarios sobre sus

noticias. Uno de estos comentarios, relativo a una noticia de interés público, fue considerado lesivo del honor de un importante empresario. La responsabilidad por dicho daño fue atribuida al medio digital. Cabe tener en cuenta que lo habitual en internet, de la web 2.0, es que los usuarios generen contenidos en las plataformas habituales, que muchas veces tales contenidos son ilícitos, y que no se suele poder identificar al autor. A partir de esta sentencia se pueden derivar las siguientes líneas.

Hacer responsable de los contenidos ilícitos al intermediario de internet que los ha transmitido es una restricción de la libertad de expresión del art. 10 CEDH, pero esta restricción puede ser admisible. Para ello, la restricción ha de estar prevista por la ley, tener una finalidad legítima y ser necesaria en una sociedad democrática.

*El TEDH admite un marco legal no muy definido para la determinación de quién responde por los contenidos de internet. Esto es así, a diferencia de las más severas exigencias de legalidad para bloquear contenidos vistas en la STEDH de 2012 *Ahmet Yıldırym c. Turquía*. La regulación básica de la responsabilidad por contenidos en internet procede de una Directiva de la Unión Europea. A pesar de la gran incerteza que se produce en la materia, en razón de la difusa y dispersa regulación de la responsabilidad en internet por una Directiva de la Unión Europea, el derecho interno y su variada interpretación judicial, el TEDH es bien permisivo y estima que se satisface el criterio de límite previsto por la ley.*

El TEDH, muy posiblemente para evitar conflictos con el derecho de la Unión Europea, *considera que la atribución de responsabilidad por los contenidos en internet es una cuestión cuya decisión final es básicamente del nivel nacional. De ahí la importancia de la regulación legal interna y de su interpretación por los tribunales nacionales, a quienes concede un margen de apreciación importante* (aps. 71 y ss.). “El papel del Tribunal se limita a determinar si los efectos de esta interpretación son compatibles con la Convención” (ap. 74). Del conjunto normativo aplicable se concluye que “un editor de medios es responsable por cualquier declaración difamatoria hecha en su publicación multimedia” (ap. 75).

El TEDH admite en razón del derecho interno, se considere editor y responsable de contenidos a un medio digital que permite comentarios de los usuarios. Sin embargo, no generaliza soluciones para internet y para otros países. El TEDH no se atreve a asentar una doctrina importante y necesaria en Europa.

Sobre estas bases el TEDH se centra especialmente en la ponderación entre el derecho a la vida privada y la libertad de expresión, sobre los siguientes elementos:

Contribución a un debate de interés general, qué tan bien conoce el interesado el tema del informe, la conducta anterior del interesado, el método de obtención de la información y su veracidad, el contenido, la forma y las consecuencias de la publicación, y la severidad de la sanción impuesta. (Ap. 83, sentencia de 2013).

Para el TEDH, se justifica la responsabilidad del intermediario por los contenidos ilícitos que introducen sus usuarios en razón del riesgo razonable de que estos se produzcan. En razón del principio de precaución, si hay riesgo de contenidos ilícitos, hay que poner medios y controles suficientes para evitarlos, para no ser responsable (ap. 86). La proyección de este razonamiento, a mi juicio, permite responsabilizar a casi todos los prestadores de servicios e intermediarios de internet por los contenidos que alojan y difunden, pues ciertamente ponen en riesgo los derechos del artículo 18 CE, amén de derechos y bienes como la propiedad intelectual.

Haber tomado una serie de precauciones para evitar contenidos ilícitos, que normalmente no adoptan los grandes prestadores de servicios e intermediarios de internet, no es suficiente para eximir de responsabilidad. El TEDH no consideró suficiente, para eximir de responsabilidad, que el medio digital advirtiera que las opiniones no eran propias y que estaban prohibidos los comentarios insultantes, ilícitos o dañinos. Tampoco fue suficiente que la web hubiera implantado un filtro que detectara palabras malsonantes; ni que contara con un sistema de denuncia de contenidos impropios, con el que bastaba un solo clic para que fueran revisados y retirados; ni que este sistema no hubiera sido utilizado por el demandante. De igual modo, no sirvió para exculpar el hecho de que en ocasiones se retiraran contenidos de oficio por el medio digital (ap. 87, 2013). Todos estos sistemas “no garantizaban una protección suficiente de los

derechos de terceras personas” y a su vez el medio “no hizo tanto uso como podría haber hecho de la extensión del control a su disposición” sobre los contenidos que introducían los usuarios (ap. 89, 2013). La empresa pudo haber puesto un sistema más robusto de identificación de los usuarios o un control inmediato de cada comentario antes o después de su publicación (ap. 91, 2013). Tampoco fue suficiente que el medio digital retirara los contenidos ilegales inmediatamente se lo anunció la persona afectada. La web aceptó que se pudieran emitir comentarios y asumió su responsabilidad.

Aunque no es *ratio decidendi*, es de interés tener en cuenta que para el TEDH, *el anonimato en internet queda bajo la libertad de expresión* (ap. 92, 2013).

Pese a que es difícil controlar la información de internet para los intermediarios, más lo es para los individuos. El TEDH reconoce la dificultad de controlar tanta información que se genera en internet, y que esta dificultad es “más onerosa para la persona potencialmente lesionada, pues es menos probable que cuente con recursos para el control continuo de la Internet” (ap. 92, 2013). Todo lo anterior, además de circunstancias como la escasa importancia de la indemnización de que se trataba, llevó al TEDH a considerar que no hubo lesión de la libertad de expresión (ap. 94, 2013).

Esta sentencia de 2013 del TEDH podría considerarse muy negativa para la libertad de ex-

presión e información en internet, por cuanto dejó en un enorme marco de indefinición a la web 2.0 y a todos los prestadores de servicios e intermediarios que son la columna vertebral del internet que usan los ciudadanos. Lo afirmado por esta sentencia podría proyectarse a muchos intermediarios y grandes prestadores de internet que permiten alojar datos y contenidos por sus usuarios, contenidos y datos que muy habitualmente lesionan derechos de las personas. Bastan los casos de reclamaciones en Google, Youtube, Facebook, Twitter, eBay, Tripadvisor, etc.).

Por el contrario, la sentencia de la Gran Sala del TJDH de 2015, aunque mantiene la argumentación, es al menos positiva por cuanto expresamente la ciñe a los medios de comunicación y no para foros de internet o plataformas de medios sociales. Así, en su apartado 116 afirma que

no se refiere a otros foros en Internet donde los comentarios de terceros pueden ser difundidos, por ejemplo un foro de discusión de Internet o un tablón de anuncios, donde los usuarios libremente pueden exponer sus ideas sobre cualquier tema sin que la discusión sea canalizada por el gerente del foro; o una plataforma de medios sociales en la que el proveedor de la plataforma no ofrece ningún contenido y en la que el proveedor de contenidos puede ser una persona privada que ejecuta el sitio web o un blog como un hobby.

Aunque no es nada claro determinar qué es un medio de comunicación en internet, al menos

este fundamento excluye una aplicación general de este criterio restrictivo para la libertad de expresión e inseguro para los grandes y pequeños servicios de internet. Como ahora se expone, seguiremos en la incertidumbre y no en la total oscuridad de la responsabilización de los intermediarios.

IV. EL SISTEMA GENERAL DE RESPONSABILIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN ESPAÑA

A pesar de las anteriores premisas de las que partir, como a continuación se expone, en Europa y España reina la incertidumbre jurídica y la inactividad legislativa frente al problema. Respecto a la evolución en EE. UU. se da también una tendencia prevalente a proteger otros derechos e intereses jurídicos, donde el incumplimiento de la legalidad, ciertamente, es hoy día masivo, como los deberes legales de la Ley 34/2002, la protección de datos o la propiedad intelectual.

La Directiva 2000/31/CE de comercio electrónico estableció una serie de exclusiones de responsabilidad de los prestadores e intermediarios, sobre la base de que no haya conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos (artículos 12 a 15). El esquema general es que el prestador de servicios de internet no tiene un deber de vigilar los contenidos que transmite (art. 15), ni es responsable de estos si son ilícitos, pero sí tiene el deber de retirar o bloquear los contenidos cuando tiene “conocimiento efectivo” de la ilicitud, de lo

contrario no goza de la exclusión de responsabilidad. Para aplicar este esquema se parte de la premisa que el “prestador de servicio de intermediación” no elabora o selecciona materialmente los contenidos discutibles, ni tiene conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido.

Cabe subrayar que se trata de una exclusión. Si se dan los requisitos para la exclusión ya no se analiza si se da algún tipo de responsabilidad civil, penal o administrativa (considerandos 42 a 44 de la Directiva). Simplemente, no hay responsabilidad del prestador o intermediario. Y también hay que advertir —por ser un error común en doctrina y jurisprudencia— que el hecho de que no se den los requisitos para aplicar la exclusión no implica necesariamente que el prestador o intermediario sí sea responsable. No cumplir con tales requisitos conlleva perder la posibilidad de invocar la regla de exención, pero no es en absoluto un criterio de atribución de responsabilidad. Así, de no proceder la exclusión, se ha de pasar a examinar si se da el presupuesto de alguna responsabilidad civil, penal o administrativa. Si el intermediario no goza de la exclusión, habrá de analizarse, por ejemplo, si la difusión del contenido polémico no es antijurídica por estar amparada por la libertad de expresión o información (en España, STS 742/2012 de 4/12/2012 Civil, caso *merodeando.com*). Es más, de existir responsabilidad cabrá determinar su naturaleza y alcance en razón de la culpa o negligencia del intermediario en su difusión, como tal intermediario y no necesariamente como autor del ilícito.

V. LA APLICABILIDAD PREVIA DEL RÉGIMEN DE EXCLUSIÓN DE LA LEY 34/2002 RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN Y DE OTROS RÉGIMENES COMO LA LEY DE PRENSA

A. Las vías constitucionales de exención como el reportaje neutral o las cartas al director se aplican además del régimen legal específico de exclusión de la Ley 34/2002

Un primer problema a considerar es la aplicabilidad de la Ley 34/2002 y su régimen de exclusión, ya frente a la Constitución, ya frente a la responsabilidad que se deriva de otras leyes. En primer término, podría pensarse que el sistema de exclusión de responsabilidad de la Ley 34/2002 habría de decaer frente a las exenciones de responsabilidad que derivan directamente de mandatos o interpretaciones constitucionales. Así, solo habrían de tenerse en cuenta algunas vías de exoneración por contenidos ilícitos difundidos por medios de comunicación social, como la exención de responsabilidad de las “cartas al director” o la exención de responsabilidad por reportaje neutral.

Hay que recordar especialmente que la doctrina del Tribunal Constitucional para las “cartas al director” está pensada, entre otros fines, para evitar que se abra “la puerta a la creación de espacios inmunes” (STC 336/1993, FJ 7º b). Por ello, podría pensarse que la aplicabilidad de la exclusión de la Ley 34/2002 sería inconstitucional por facilitar tales espacios inmunes (Grimalt, 2011, pp. 272 y ss.). Y la

respuesta, a mi juicio, es que no. El legislador tiene discrecionalidad democrática para hacer una ponderación de derechos, libertades e intereses en juego y, como consecuencia, optar por un sistema de atribución de responsabilidad por contenidos, adecuado a la singularidad de internet. Esta regulación, obviamente, ha de respetar los derechos fundamentales en juego y ha de interpretarse de conformidad con estos. Hoy día el resultado —por mejorable que sea— es la legalidad específicamente diseñada para el canal que es internet, es decir, la Ley 34/2002, y esta es plenamente aplicable.

Ahora bien, estas vías de exención *ex constitutione* también son aplicables a internet y, además, deben acumularse y complementar el sistema de responsabilidad de la Ley 34/2002. Como en el posterior apartado se señala, la STS 742/2012, de 4 de diciembre de 2012, Civil, en el caso *merodeando.com* viene a avalar esta posición, por lo que debe analizarse en primer término si se dan los requisitos para la exclusión de responsabilidad de un prestador o intermediario por la Ley 34/2002. Si no procede la exclusión de responsabilidad, hay que analizar si la prevalencia de la libertad informativa implica no responsabilizar por los contenidos a quien los ha difundido.

Dado que cualquiera que genere contenidos de interés público en la red ejerce las libertades informativas, las vías de exoneración de cartas al director o por reportaje neutral, hasta ahora vedadas a los clásicos medios de comunicación social, deben también generalizarse para internet.

La doctrina constitucional de la exoneración de responsabilidad por reportaje neutral (entre otras, la Sentencia 76/2002, FJ 4º) resulta a mi juicio fácil de proyectar para muchos supuestos en internet. Se exime de responsabilidad al medio de comunicación (en nuestro caso usuario, prestador o intermediario de internet) que, con neutralidad, transmite referencias y afirmaciones (contenidos) procedentes de terceros que tienen interés público, indicándose la procedencia y la existencia real de tales contenidos, por lo que, en consecuencia, no será responsable de su posible ilicitud.

Según se ha dicho, si no procede la exclusión de responsabilidad de la Ley 34/2002 cabrá examinar si procede la exoneración por reportaje neutral. Y, en abstracto, en internet y la web 2.0 esta técnica puede aducirse en no pocos supuestos en los que los contenidos de terceros que tengan interés público se integran en el sitio propio (p. ej. a través de los cada vez más generalizados *embed*), se redifunden, se *retuitean*, se seleccionan, se enlazan, se agregan, se sindicán y un largo etcétera de posibilidades que ofrece internet, ya de forma voluntaria o automática. Para aplicar la exención, entre otras circunstancias, habrá de observarse el interés público de la difusión de tal contenido ilícito de un tercero, la procedencia verdadera de un tercero y el cierto distanciamiento de dicho contenido. Se entenderá reportaje neutral aunque el redifusor de contenidos “haya provocado esa información”, “haya permanecido o no ajeno a la generación de la información [pero], no lo haya sido respecto de la forma en la que lo ha transmitido al público”, esto es, porque la redifunde

sin “hacerla suya”. Esta extensión de la doctrina del reportaje neutral a internet habrá de contextualizarse para cada supuesto y valorarse que no concurra mala fe o abuso de derecho a través de esta vía (art. 7 Código Civil).

Nuestra experiencia judicial al respecto es escasa. Se rechazó de plano esta exención en la primera instancia del caso *Putasgae-Asociación de internautas*, considerando que dotarse de contenidos externos implica hacerlos propios (“se procede a la recopilación para hacer propios los contenidos”). Justo lo contrario que en el caso, *CCOO vs. El Corte Inglés*. Ahí se trataba la difusión en una web sindical de información panfletaria a la que se podía acceder en otros sitios de la web. El Tribunal excluyó la responsabilidad de los “simples mensajeros” de un contenido, pues la extensión de esta responsabilidad supondría “su ampliación a extremos insospechados” (Sentencia Tribunal Superior de Justicia Madrid núm. 663/2003, de 23 julio). En el caso *Idiada* (Sentencia Audiencia Provincial Tarragona núm. 420/2005 de 10 octubre) se atribuía la responsabilidad sin dejar claro si era por difundir un contenido ilícito en unos dominios determinados o por extender un contenido ilícito que ya estaba en la red.

Al respecto puede citarse el caso canadiense *Wayne Crookes* (Sentencia del Tribunal Supremo de la Columbia Británica, agosto de 2008), sobre responsabilidad por enlaces a contenidos difamatorios. El juzgador señala que quien enlaza no está republicando o reeditando los contenidos enlazados, sino que más bien es como una nota a pie, siempre a salvo que la integra-

ción suponga una clara asunción y posicionamiento del contenido de lo enlazado (párr. 29).

Por cuanto a la doctrina del Tribunal Constitucional para las “cartas al director”, no hay responsabilidad por lo publicado si el medio de comunicación ha sido diligente en la identificación de quien remite la carta. El Tribunal Constitucional fija el criterio de que el medio de comunicación “al autorizar la publicación del escrito pese a no conocer la identidad de su autor ha de entenderse que el medio, por ese hecho, ha asumido su contenido” (Sentencia 3/1997, de 13 de enero FJ 3º). La sentencia del caso *Mafius* (de 30 de junio de 2006, del juez de Primera Instancia e Instrucción de Arganda del Rey) condenó penalmente al joven responsable de un blog por las amenazas e injurias proferidas por los usuarios en el foro que creó, porque el foro permitía afirmaciones anónimas y no recogía el número IP. Se aplicó con claridad la doctrina de las cartas al director. A mi juicio, la aplicación de esa doctrina en general para la red es inadecuada y podría acabar con la web 2.0 y todos los actuales usos masivos en internet, esenciales para la libertad de expresión. Esta exención sí que debe aplicarse, pero solo residualmente una vez se aprecie que no corresponde la exclusión de responsabilidad de la Ley 34/2002. Es más, la exigencia de identificación más o menos robusta en internet debe tener una clara base legal. De una parte, por la afección que puede implicar para la libertad de expresión en los términos ya expuestos. Y, de otra parte, el sustento legal debe reforzarse por la afectación que implica para el anonimato y la privacidad de los usuarios la retención de sus datos, entre ellos el número IP.

Lo cierto es que no se trata únicamente de estas dos vías generales de exoneración. No hay que olvidar que si se ejerce la libertad informativa dentro de su contenido constitucional no hay antijuridicidad y, por lo tanto, no hay responsabilidad de quien difunde la información u opinión (entre otras, STC 104/1986, de 13 de agosto, FF JJ 6 y 7). De hecho, la exención por cartas al director es una concreción de la protección de la libertad informativa que se ejerce con la diligencia exigible al informador y la exención por reportaje neutral deriva también de la prevalencia de la información veraz de interés público y la diligencia del informador. Es más, el derecho a no revelar las fuentes puede también verse en términos de exención de responsabilidad, dado que implica que no hay responsabilidad cuando se divulga información ilícita, pero que es veraz y de interés público. De este modo, se crea un espacio de inmunidad. Como desde hace años sostengo, es bien posible —e importante— proyectar el secreto profesional a internet (Cotino, 2005). Los años no han hecho más que subrayar la importancia de la cuestión (entre otros ejemplos, Wikileaks).

B. El régimen de exclusión de responsabilidad específico para internet se aplica previamente a otros regímenes de responsabilidad

También puede sostenerse que el sistema de exclusión general establecido por la Ley 34/2002, que es ley ordinaria, no es el aplicable, bien porque en algunos ámbitos solo la ley orgánica puede regular la materia, bien porque

en razón del principio de especialidad en la aplicación de las leyes deben aplicarse regímenes específicos de responsabilidad de garantía de derechos fundamentales. En el ámbito que aquí más interesa, respecto de la lesión de derechos de la personalidad, ha sido Grimalt (2007) quien mejor ha sostenido esta posición que conlleva tanto la obligación de diligencia en identificar a los autores de los contenidos, así como la responsabilidad *in eligendo* o *in vigilando* a los prestadores o intermediarios por los contenidos que intermedian y difunden. Ni más ni menos que invertir el principio de responsabilidad actual. Se afirma que el régimen de responsabilidad solidaria civil, del artículo 65. 2º de la Ley de Prensa de 1966, es un pilar básico en la protección de los derechos de la personalidad cuando se afectan por medios de comunicación. Que la especial protección constitucional al ejercicio de las libertades de expresión e información implica, como contrapartida, unos deberes de diligencia específicos y una particular responsabilidad, que es la que configura esta Ley de Prensa. Se sostiene que dicho régimen de responsabilidad ya se ha aplicado analógicamente a medios radio-televisivos, por lo que, con mucha más razón a su juicio, es “perfectamente trasladable” a la prensa digital. En consecuencia, este régimen de responsabilidad de la Ley de Prensa sería norma especial y de aplicación “preferente” respecto del sistema general de la Ley 34/2002. Y ello, según Grimalt, siempre que se trate de supuestos de difusión de información en ejercicio de la libertad de información de forma integrada en una estructura y organización. Como se ha adelantado, la consecuen-

cia de esta tesis de aplicar el régimen de la Ley de Prensa es que a los prestadores o intermediarios se les puede imponer la responsabilidad por hecho ajeno que tienen los editores y directores de medios de comunicación. Que la responsabilidad de la Ley de Prensa es una culpa *in eligendo* o *in vigilando*, que ha sido matizada por el TS con la idea del riesgo que se asume por crear programas radiofónicos o televisivos en directo. En el caso de internet se trataría del riesgo de crear las utilidades 2.0 que permiten integrar contenidos ilícitos a los usuarios (vídeos, comentarios, etc.).

Por el contrario, considero que la Ley 34/2002 debe aplicarse de modo previo y general también en estos supuestos. En primer término, y ya enunciado en el apartado anterior, hay un régimen expreso de responsabilidad para internet (la Ley 34/2002), y la aplicación de regímenes especiales no expresamente previstos para sus particularidades fragmenta el sistema de responsabilidad general que sí está previsto específicamente para dicha red, y la avoca a una inseguridad jurídica en la que la libertad de expresión e información es la víctima. Los regímenes especiales de responsabilidad por contenidos en internet, que bien puede haberlos, deben contar con regulación expresa que evite tal inseguridad. La línea del TEDH y el TJUE sobre la necesidad de una regulación adecuada y garantista avala esta posición.

En segundo lugar, porque el sistema de responsabilidad de la Ley de Prensa está pensado para una estructura de comunicación diferente a la de internet. Imponer el control de conteni-

dos por los prestadores o intermediarios choca con una de las claves de bóveda del desarrollo de la sociedad de la información en una sociedad democrática y es contrario a las libertades informativas de generadores de contenidos, de prestadores y de los usuarios mismos de internet. En esta línea se han examinado *supra* las STJUE contrarias a la imposición de controles o filtros técnicos y no selectivos de contenidos. Las conclusiones del caso *Google vs. AGPD*, de 26 de junio de 2013, van en la línea de que no puede desvirtuarse el papel de intermediario del prestador de servicios haciéndole censurar el contenido. Diversas sentencias de tribunales menores en España han señalado que no puede exigirse a los prestadores e intermediarios el deber de control de editores o directores. En el ámbito civil: caso *aprendizmason.org* (Sentencia de la Audiencia Provincial Madrid núm. 835/2005, Sección 14ª, de 20 diciembre); caso *Veloxia* (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid n.º 511/2008, Sección 10, de 16 de julio); caso *Mindoniense* (Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1ª, Sentencia n.º 538/2009); o el caso *Corporación Dermoestética* (Sentencia del Juzgado de 1ª instancia n.º 18 de Valencia, n.º 244/2010, de 27 de octubre); o en el ámbito penal, por ejemplo, en el caso *elcomentario.tv* (Auto de 18 de septiembre de 2009, de la Audiencia Provincial de Oviedo).

Como más tarde se señala, la no imposición general de controles preventivos no obsta las posibilidades de regular legalmente obligaciones de control a posteriori de contenidos ilícitos una vez detectados, así como deberes de

diligencia determinados, también para quienes intermedian en los contenidos.

Y en tercer lugar, cabe rechazar la aplicación de la Ley de Prensa de forma previa a la Ley 34/2002, porque el TS ha rechazado dicha tesis. La ya mencionada STS 742/2012 de 4 de diciembre de 2012, Civil, en el caso *merodeando.com* aplica el sistema de exclusión de la Ley 34/2002 respecto de la protección civil de los derechos fundamentales, como el honor. Así pues, no se trata de aplicar la Ley de Prensa o la Ley 34/2002, sino que hay que apreciar si concurre el supuesto de exclusión de responsabilidad de la Ley 34/2002 y, de no concurrir, aplicar el régimen de responsabilidad que corresponda, si es el caso, el de la Ley de Prensa.

Así las cosas, entiendo que esta solución de aplicación plena de la Ley 34/2002 ha de darse tanto respecto de derechos de la personalidad cuanto en otros ámbitos particulares de protección de derechos fundamentales que no cuentan con un régimen específico y explícito especial respecto de la responsabilidad por contenidos en internet. Y por ello mismo, con la regulación actual cabe aplicar la exclusión de responsabilidad de la Ley 34/2002 respecto del derecho de protección de datos y sus proyecciones en el ámbito civil, administrativo y sancionador.

La particularidad inherente al ámbito penal y la existencia de una regulación explícita en el Código Penal hace más compleja la cuestión de la aplicabilidad de la exclusión de responsabilidad de la Ley 34/2002 en este terreno, en tanto en cuanto no es una ley orgánica de

carácter penal. Obviamente, el legislador puede explicitar en el futuro el régimen penal de responsabilidad por contenidos en internet de prestadores e intermediarios con las suficientes garantías. Mientras tanto, la mayor parte de las decisiones judiciales penales tienden a aplicar el régimen de exclusión de la Ley 34/2002. Así sucede en los numerosos casos relativos a las páginas web de enlaces y descargas de contenidos protegidos por la propiedad intelectual. Entre otras muchas resoluciones cabe mencionar el Auto N° 554/10 a 11 de mayo de 2010, de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 23, Caso *CVCDGO*. También ocurre en los supuestos penales sobre derechos de la personalidad, en los que ha de aplicarse la Ley 34/2002. En algunas decisiones judiciales se considera que no procede aplicar el régimen específico de la responsabilidad en cascada del artículo 30 del Código Penal (responde autor, sino el editor, sino el director...). Morales (2002) ya desde antiguo sostuvo con acierto que la consideración de que se ha cometido un delito por el prestador o intermediario no puede hacerse depender de la actuación de particulares, esto es, no puede depender de que la víctima del delito haya transmitido de algún modo al prestador o intermediario que puede existir un ilícito penal, para que desde este momento el prestador tenga conocimiento efectivo y, por tanto, pasará a contraer responsabilidad penal por los contenidos que intermedia. Se puede, pues, sostener que el conocimiento efectivo solo se tiene cuando el prestador o intermediario de la ilicitud de los contenidos recibe comunicación por parte del órgano judicial penal (Fernández, 2011, p. 411).

VI. LA REGULACIÓN RECIENTE ESPECÍFICA PARA EL ÁMBITO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

En materia de responsabilidad de prestadores sí que cabe tener en cuenta la regulación especial de la responsabilidad que se ha producido en materia de propiedad intelectual. Dicha normativa es especial respecto de la general, con la cual se complementa. La regulación de noviembre de 2014 actualiza el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. De especial interés ahora es lo que dispone su amplio artículo 158 ter sobre la “función de salvaguarda de los derechos en el entorno digital”. Ahí se instituye un procedimiento de restauración de legalidad por propiedad intelectual, aclarando que es ilegal “facilita[r] la descripción o la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrezcan sin autorización, desarrollando a tal efecto una labor activa y no neutral, y que no se limiten a actividades de mera intermediación técnica”, en especial “a quienes ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente, con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio.”

De este modo se contempla de forma expresa la práctica más habitual de las web de enlaces que afirmaban su falta de responsabilidad por su mera intermediación en los contenidos. El sistema es que el titular de los derechos debe hacer un requerimiento a la web ilícita. Si este

requerimiento (entre privados) es desoído servirá como mecanismo de conocimiento efectivo. Sobre esta base, una comisión administrativa de protección de la propiedad intelectual hará un nuevo requerimiento. Desoír este apercibimiento administrativo ya implicará sanciones muy fuertes (150 mil - 600 mil euros). A partir de la ineficacia de este segundo requerimiento también se podrán dictar resoluciones de retirada de contenidos o de interrupción de servicios, incluso por un año. Estas órdenes habrán de estar avaladas judicialmente por afectar la libertad de expresión. Si es necesario, se requerirá la colaboración obligatoria de los prestadores de servicios de intermediación y operadores de telecomunicaciones, así como intentar cortar las vías de financiación de la web de enlaces, o inutilizar el dominio utilizado.

En la misma línea, la reforma del Código Penal expresamente criminaliza a estas web de enlaces a obras protegidas y con ánimo de beneficio económico. Esta regulación especial, obviamente, no permite la exclusión de responsabilidad general.

VII. LA ETERNAMENTE ESPERADA REFORMA DE LA DIRECTIVA 2000/31/CE

La Directiva de Comercio Electrónico de 2000 se ha quedado claramente obsoleta y no sirve para generar un marco homogéneo y previsible en Europa, ni facilita que los Estados miembros cumplan los estándares de legalidad exigibles. La UE y los Estados miembros lo saben

y se conocen diversas soluciones. Pero los pasos para adoptarlas se eternizan. Mientras las decisiones normativas no llegan, la realidad de internet sigue cambiando, los grandes prestadores van anclando sus posiciones de poder, al tiempo que cristalizan la demanda de sus servicios por cientos de millones de usuarios europeos. Ello condiciona, sin duda, la toma de decisiones y las posibilidades de elevar el nivel de exigencias a estos prestadores. Con el paso del tiempo, también varían algunas de las premisas jurídicas de las que partir, como por ejemplo, la sentencia del caso *Google vs. AGPD* o la definitiva aprobación del Reglamento General de Protección de Datos de la UE (Reglamento (UE) 2016/679).

Encargado por la Comisión Europea, desde 2007 existe un completo estudio jurídico general y particular de cada Estado miembro, en el que se caracterizan de forma concreta los problemas y se proponen diversas soluciones a adoptar. Dicho estudio tiene en cuenta la dificultad que en muchos casos supone para los meros intermediarios el juicio de legalidad de contenidos que pueden ser ilícitos por propiedad intelectual o derechos de la personalidad. Aún es más, se afirma que dado

que la libertad de expresión es uno de los elementos fundamentales de la democracia, (...) los proveedores no pueden ejercer un papel de juez con el fin de evaluar la legitimidad de un contenido. Además, dada la gran cantidad de información en internet no pueden ser [los intermediarios] comparados a editores que puedan llevar a cabo

controles marginales a través de los empleados antes de la publicación. Por último, si los proveedores han de actuar ante meras notificaciones [de contenidos ilegales de los afectados] podría haber posibles abusos por “víctimas” ficticias que buscan obstaculizar un competidor o adversario. (Verbiest, 2007, pp. 14-15).

También se apuntan los dos polos de solución: si la comunicación de retirada de contenidos ha de ser por una autoridad, ello viene a suponer, de hecho, una exención a la responsabilidad del intermediario, incluso de los que conocen la ilegalidad de los contenidos. Del anverso, se parte de que es inaceptable que una simple notificación privada al intermediario le obligue a retirar contenidos, porque la probabilidad de abuso es muy alta.

Las soluciones propuestas pasan por sistemas de notificación similares a los de la DMCA de los EE. UU. Se matiza en el sentido de que se eviten abusos mediante sistemas rápidos de revisión en materias como competencia o propiedad intelectual. Se trata de la posibilidad de que el contenido denunciado, por ser ilegal, sea accesible si quien lo ha generado se ha identificado ante el intermediario y solicita que vuelva a estar accesible. Y, al mismo tiempo, se propone que los afectados que denuncian la ilegalidad de los contenidos conozcan que han vuelto a estar accesibles en la red, para así acudir a las vías jurisdiccionales pertinentes y solicitar la retirada de dichos contenidos, al tiempo de someter su contienda correspondientemente en los tribunales (Verbiest, 2007,

pp. 14-17). En esta línea, en mayo de 2011 se firmó un Protocolo europeo entre los principales titulares de derechos y las plataformas de internet, sobre la venta en línea de productos falsificados con un sistema de notificación y retirada, una acción contra las infracciones reiteradas y medidas preventivas y proactivas.

Entre 2010 y 2012, la UE lanzó dos consultas públicas con miras a revisar la Directiva. En la realizada entre agosto y noviembre de 2010, la misma Comisión señala que en aquella Consulta las partes interesadas indicaron que estos procedimientos deberían conducir “a desmontar rápidamente el contenido ilegal con respecto de los derechos fundamentales (en particular la libertad de expresión) y debe aumentar la seguridad jurídica de los intermediarios *online*”, como se expresa en la segunda Consulta de noviembre de 2012. El documento final tuvo en cuenta el peligro para la libertad de expresión que suponía la imposición de filtros previos o atribuir facultades casi jurisdiccionales a los agentes privados.

El 11 de enero de 2012, la Comisión Europea emitió la *Comunicación* COM (2011) 942 final, en la que entre los variados temas se tiene en cuenta el lastre que supone que “la Europa de Internet sigue siendo un mosaico de leyes, reglas, normas y prácticas diferentes” (p. 2) y que es necesario mejorar la aplicación de la Directiva en materia de responsabilidad de los proveedores de servicios intermediarios por “los costes y riesgos que entraña la fragmentación derivada de la coexistencia de 27 regímenes jurídicos nacionales” (p. 3) en esta

materia. Una de las políticas a desarrollar es “luchar con mayor eficacia contra los abusos y resolver mejor los litigios” puesto que, a pesar del sistema de la Directiva, “los proveedores intermediarios de Internet viven una situación de incertidumbre jurídica debida a la fragmentación que se observa en la Unión Europea (...). Esta fragmentación disuade a las empresas de iniciar actividades en línea o dificulta su desarrollo” (p. 14). Desde la perspectiva ciudadana se afirma la indignación que provoca la presencia en la red de contenidos evidentemente delictivos, al tiempo de “la falta de transparencia o de iniciativas erróneas (por ejemplo la retirada de un contenido legal), desproporcionadas o tomadas sin tener en cuenta el principio de contradicción, de determinados proveedores de servicios en línea” (p. 14). Por todo ello se considera que es necesario mejorar el sistema, actualizar la Directiva y “adoptar una iniciativa de carácter horizontal sobre los procedimientos de notificación y acción” (p. 14). Esta Comunicación fue acompañada de un documento de trabajo amplio y sólido en la materia, que precisamente orientó la segunda Consulta pública que se celebró entre junio y noviembre de 2012, sobre los procedimientos de notificación y actuación en materia de contenidos ilícitos en línea, organizada por intermediarios. Al respecto no ha habido consecuencias. La última actividad en la materia, que consta al momento del cierre de este estudio, es una reunión de febrero de 2013. En el marco de la estrategia Digital Single Market hay 16 acciones clave para el fin de 2016, si bien específicamente no se aborda esta cuestión.

VIII. PARA CONCLUIR, UNA CARTA A LOS REYES. LA NECESIDAD DE QUE EL LEGISLADOR ASUMA SU PAPEL Y REGULE MÁS Y MEJOR LA RESPONSABILIDAD VELANDO A SU VEZ POR LAS LIBERTADES INFORMATIVAS

A. Una mejor regulación legal de la responsabilidad por contenidos ilícitos en internet, sin excluir regulaciones específicas y sectoriales

Los grandes prestadores de servicios e intermediarios de internet deben contar con una especial protección constitucional, bajo los mismos fundamentos que esta intensa protección se ha otorgado a los medios de comunicación clásicos. Ello no debe traducirse en la habitual desregularización de la prensa que se ha dado históricamente en España.

La jurisprudencia y los altos tribunales españoles o supranacionales son esenciales para perfilar muchos problemas que genera internet para las libertades informativas. No en vano, dado el escaso activismo asumido por los tribunales durante décadas, se hace precisa la actuación legislativa respecto de muchos aspectos.

Lo idóneo es una regulación europea que imponga criterios de homogeneización y marcos nítidos de solución de conflictos. No obstante, es en sede nacional donde deben resolverse y ponderarse los conflictos concretos de los derechos fundamentales con otros derechos, bienes e intereses. La pereza y elusión de res-

ponsabilidades es también nacional, y hay que asir las riendas y marcar algunas pautas en España, especialmente ante el palmario retraso en la toma de decisiones en la UE.

Es necesaria una regulación legal mejor (o regulaciones) de la responsabilidad por contenidos ilícitos en internet, que haga efectivo el principio que regía el actual sistema: la no imposición general de controles y filtros en razón de la libertad de expresión. Ahora bien, mantener este principio no obsta para que se impongan legalmente obligaciones de control a posteriori de contenidos ilícitos una vez detectados, así como deberes de diligencia determinados. Así, la futura normativa puede precisar algunos elementos como mecanismos ágiles y efectivos de contacto con el prestador, de revisión periódica de contenidos integrados por terceros, de mantenimiento o actualización de los contenidos propios o integrados por terceros, regulaciones de configuración por defecto de los servicios, la identificación más o menos robusta de los usuarios según los tipos de servicios o contenidos, la necesidad de plantillas efectivas y garantistas de comunicación de ilícitos y, en su caso, de solicitud de retirada de contenidos. En cualquier caso, la imposición de estas cargas a los prestadores debe ser proporcional y ponderada, para no implicar efectos colaterales contrarios a las libertades informativas.

La regulación ha de tener los contornos suficientemente definidos y con todas las garantías constitucionales, además del suficiente rango legal por cuanto suponga la regulación

del ejercicio de las libertades informativas (art. 53 Constitución española) e, incluso, en algunos ámbitos, el desarrollo de las libertades requiere ley orgánica (art. 81 CE). Sin rango legal y suficiente certeza no pueden exigirse obligaciones de control y diligencia a los prestadores o intermediarios. Es más, sin perjuicio de la eficacia directa de los derechos fundamentales, la ley no debe temer enunciar explícitamente cuándo está en juego la libertad de expresión e información en sus conflictos con derechos de la personalidad, protección de datos, propiedad intelectual, protección de menores y un largo etcétera. De lo contrario, el operador jurídico puede pensar que solo hay que proteger los otros derechos e intereses jurídicos. En este sentido, es de interés proclamar legalmente que toda la información y expresión de interés o relevancia pública en internet goza de protección constitucional, aunque no proceda de un clásico “medio de comunicación social”. La intensa protección de estas libertades para los medios se ha justificado por la “función social” (en Alemania, Tribunal Constitucional, *BverfGE* 12, 205, 244 ss.; 20, 162,175) o “constitucional” en terminología española, que desarrollan en la sociedad democrática. Sin duda, los grandes prestadores o intermediarios son agentes, instrumentos y vehículos esenciales de las libertades informativas en el mundo actual, lo cual debe tenerse bien presente en cualquier regulación de su régimen jurídico o en la imposición de deberes o restricciones. De igual modo, interesa explicitar en la ley que la resolución de conflictos particulares debe darse sobre la base del interés público de lo divulgado, en razón de criterios como la naturaleza públi-

ca o privada del sujeto afectado, del ámbito y alcance real de la difusión de los datos en la red, de la naturaleza de los datos divulgados, del medio o modo de comunicación en la red y del contexto en el que se produce.

Lo idóneo es una regulación europea que imponga criterios de homogeneización y marcos nítidos de solución de conflictos, estableciendo el marco para la regulación en ámbitos específicos. Como señalaba Cruz Villalón en sus conclusiones del TJUE en el caso *Google*, 29 de marzo de 2011, para prevenir “situaciones desalentadoras del legítimo ejercicio de la libertad informativa (el llamado *chilling-effect*)” debe ser un objetivo proporcionar seguridad jurídica frente a un marco regulador fragmentado y potencialmente contradictorio (ap. 46). En cualquier caso, no hay que olvidar que, tal y como recuerdan los tribunales europeos, hoy día es el legislador nacional quien debe regular las cuestiones básicas de la responsabilidad por contenidos, incluyendo los mecanismos de detección y retirada, sus garantías, los deberes de diligencia, las consecuencias que derivan de la responsabilidad, sanciones y otros aspectos.

Sin perjuicio de un esquema de responsabilidad general, que hay que aclarar, homogeneizar y determinar, no hay que temer la especialización o sectorialización del régimen jurídico de la responsabilidad en internet, en atención a la experiencia y desarrollo reales. Sirva la referencia a los EE. UU. con sus regímenes generales y de propiedad intelectual, que conviven con las previsiones específicas en algunas ma-

terias (por ejemplo, en materia de protección de género, de menores o terrorismo). Caben regulaciones específicas para la persecución de algunos delitos específicos (acoso, pedofilia, drogas, terrorismo, etc.); ilícitos en sectores como la propiedad intelectual, derechos de la personalidad, protección de datos, ámbito laboral o concretos terrenos de derecho público, derecho de consumo y un largo etcétera. Internet es como la calle y no todo lo que puede haber en la vía pública merece una regulación idéntica, sino una adecuación y contextualización. Así ha sucedido en el ámbito de la Ley de Propiedad Intelectual y su protección penal con las reformas de 2014 y 2015 antes expuestas. Más allá de su valoración, su especial interés ahora es que se trata de una norma adecuada a la especialidad de internet y que —aunque sea mejorable— supone un marco legal que da cierta previsibilidad a los prestadores e intermediarios en un ámbito más específico como lo es el de la propiedad intelectual.

B. Una regulación legal actualizada al presente de internet y en la que “el tamaño importa”

La claridad normativa genera seguridad jurídica para prestadores, usuarios y potenciales afectados por ilícitos. Cabe adecuar la normativa a la realidad y ello sin perjuicio del dinamismo de internet. Es posible adecuarse a la web social, web 2.0 o internet de las personas y los usos, servicios, funciones o utilidades básicas. No se puede vaticinar el futuro, pero cuanto menos, adecuarse al presente. A menudo el

legislador se excusa en que una regulación concreta es contraria al dinamismo de internet. Ello no es más que una excusa que lleva a una situación muy negativa para casi todos, excepto para quienes *de facto* ocupan posiciones de dominio o para quienes interesa continuar en situación de ilicitud material sin tener que asumir obligaciones. Las normas europeas que básicamente rigen la red son de cuando internet era casi incipiente, nada parecido a la realidad actual que envuelve por completo la vida de las personas.

Hoy día ya pueden determinarse los peligros habituales de muchos de los diversos usos y servicios que hay en la red; es posible delimitar jurídicamente obligaciones concretas para los grandes prestadores que equilibren el desarrollo de la sociedad de la información con los derechos personales.

A la vista de la experiencia y sin perjuicio del dinamismo de la red, es bien posible describir funcionalidades y servicios para aplicarles regímenes jurídicos singulares, especialmente en cuestión de notificación y retirada de contenidos, así como en materia de diversos deberes de diligencia. Baste apuntar que la normativa hoy día desconoce que existen buscadores, redes sociales, lugares de comercio masivo, grandes centros de consejos y opiniones para los usuarios, lugares que facilitan el acceso a contenidos concretos, servicios de almacenamiento masivo por usuarios, etc.

Es más, la normativa no debe desconocer que existe Google, Apple con su iTunes, Facebook,

Twitter, LinkedIn, Amazon, Ebay, Tripadvisor, Dropbox, iCloud, Skydrive, Google Drive, etc. Y es que el tamaño importa, por lo que no hay que temer en absoluto regulaciones específicas para los grandes prestadores de servicios en razón de parámetros objetivos (número de usuarios, volumen de datos, facturación, etc.).

La libertad de expresión e información en muy buena medida se hace depender de los grandes prestadores de servicios o intermediarios que no emplean cientos, sino miles de millones de usuarios. El derecho debe brindar una gran protección jurídico constitucional a estos prestadores de servicios que deben ser protegidos por la garantía institucional que sobreprotege las libertades informativas. A ellos debe aplicarse la posición preferente que han disfrutado —al menos hasta la fecha— los medios de comunicación clásicos como vehículos institucionalizados de la libertad de expresión e información. Ahora bien, esta más intensa protección jurídica ha de serlo al precio de la atribución de un régimen especial de obligaciones y responsabilidades. Al igual que no habría de huir de un sistema especial de responsabilidades civiles o administrativas en el ámbito de los medios de comunicación clásicos, tampoco hay que eludir la posibilidad de un sistema sancionador en el ámbito de prestadores e intermediarios, siempre con garantías.

Más allá de la regulación de cuándo procede la exclusión de responsabilidad, respecto de la atribución final de responsabilidad a un prestador o a un usuario de internet, también es

posible fijar algunos criterios generales como pueden serlo la voluntariedad y conocimiento más o menos directo en la confección del servicio o web y sus posibles usos; del contenido ilícito concreto; la estructura más o menos automatizada de una agregación; sindicación o redifusión de contenidos, más o menos selectiva; la diligencia en la selección de contenidos o en la confección técnica de la selección; la significación y magnitud de los contenidos conflictivos en el marco de la cantidad de los contenidos seleccionados; la participación real en la generación de contenidos; los indicios que llevan a pensar en el conocimiento material de los contenidos y su posibilidad de control; el hecho de que esos contenidos estén más o menos difundidos en otros sitios; el nivel de acceso y relevancia en la red de quien los difunde; el contexto y naturaleza propio del sitio web, servicio y aplicación en el marco de los usos de internet (no es lo mismo insultar en una cantina a las dos de la madrugada que en mitad de una clase de la universidad); la posibilidad de respuesta del afectado en el medio que es la red; y las garantías reales que tiene el afectado de proteger sus intereses en cada ámbito.

Esta adecuación al presente también ha de serlo a la web 3.0, el internet de las máquinas, así como a los servicios de la *nube* y la responsabilidad de tales servicios en razón de su naturaleza. Respecto de la web 3.0 es posible determinar líneas de responsabilidad ante la intercomunicación total y automatizada de grandes masas de datos sin mediación humana. Pueden ya esbozarse líneas que han de ser

vigas jurídicas maestras respecto del ejercicio y protección iusfundamental de la generación e intercomunicación automatizada de datos, información y contenidos. No sabemos si las máquinas, esto es, las personas jurídicas o físicas para las que operan, están protegidas por las libertades informativas cuando generan, difunden y redifunden de forma automatizada informaciones de mayor o menor interés público, así como cuando personalizan y restringen el acceso a tales contenidos (Wu, 2012; Volokh, 2012), como los buscadores o la personalización masiva de contenidos (Cotino, 2013). Es bien posible atribuir la protección constitucional de las libertades informativas, al tiempo de exigir para ello condiciones de diseño por defecto de los servicios o aplicaciones, como ha de suceder en el ámbito de protección de datos en el futuro. De incidencia indirecta con el tema que aquí ocupa, por citar otra cuestión que puede ser básica en el futuro, aún no se sabe hasta dónde alcanza el secreto de las comunicaciones que se realizan por canal cerrado entre máquinas sin mediación humana, siendo hoy día tales comunicaciones posiblemente las más numerosas.

Ya en concreto, por cuanto a la Directiva 2000/31/CE de comercio electrónico en el terreno de la responsabilidad, Peguera (2011) señala también algunas líneas de una reforma del marco normativo a las que sumarse:

Dejar claro que no cumplir los requisitos para la exclusión de responsabilidad no implica que el prestador o intermediario sea responsable, sino que entonces deben aplicarse las normas

materiales de los diversos Derechos nacionales en atención al tipo de ilicitud de que se trate en cada caso.

Dejar claro el alcance armonizador de la Directiva, y precisar si un Estado miembro puede relajar o endurecer requisitos para disfrutar con la exención.

Despejar las dudas sobre la aplicabilidad de las reglas de responsabilidad a los contenidos suministrados por los usuarios en entornos web 2.0, redes sociales, buscadores y otros servicios actualmente típicos y masivos.

Precisar los conceptos de conocimiento efectivo o de obligación general de supervisión y el alcance de esta.

Y todo lo anterior, obviamente, debe ir unido a la necesaria determinación del derecho y jurisdicción aplicables a los prestadores e intermediarios, con criterios claros a la luz de la experiencia: lugar de establecimiento, toma de decisiones, servicios dirigidos a usuarios de la UE, centro de gravedad del conflicto, etc. El problema se centra en los prestadores o intermediarios de países terceros, y en el ámbito de protección de datos la respuesta del borrador de reglamento de la UE, así como de las tantas veces citadas conclusiones del caso *Google* es el del sometimiento al derecho europeo. Pero sobre la respuesta general caben muchas concreciones y, especialmente, la necesidad de determinación de garantías concretas. Más allá de la cuestión de países terceros, también cabe resolver cuestiones de radicación de liti-

gios en los diversos Estados miembros, puesto que dentro de Europa es bien diversa la percepción y la ponderación de los derechos y bienes en juego, en muchos casos.

Para concluir. Quien suscribe es consciente de que la sociedad en general y los actores políticos e institucionales no están especialmente sensibilizados respecto de que se dé una situación restrictiva de las libertades informativas en internet. Sino más bien lo contrario, la realidad parece avocar a cierta libertad fáctica salvaje en la que son los derechos de la personalidad o la propiedad intelectual quienes están particularmente acechados en la red. Eso es cierto, como también es cierto que el marco jurídico que aquí se ha analizado parece mirar hacia otro lado de modo que, en la situación actual, ni las libertades ni los derechos e intereses están debidamente protegidos por la inacción y falta de decisiones. Aquí, modestamente, se ha afirmado el principio inspirador que debe impulsar e interpretar el marco jurídico sobre la base de las libertades de expresión e información. Bajo este mismo principio se han señalado los problemas más importantes del marco jurídico actual de la responsabilidad de prestadores e intermediarios en internet y se han propuesto las soluciones jurídicas posibles. De igual modo, y finalmente, se han afirmado las líneas básicas que podrían guiar la necesaria legislación europea o nacional futura, para encauzar esta cuestión básica hacia fortalecer el desarrollo de un internet libre.

Todo esto y mucho más se podía pedir a nuestros legisladores, con la casi certeza de que, si

se me permite, esta *carta a los Reyes* caerá en saco roto.

Referencias

1. Alonso Espinosa, C. (2008). La información en la Red y el principio de neutralidad tecnológica: la libertad de expresión y la difusión de información administrativa. *Revista Vasca de Administración Pública*, (81), 15-61.
2. Balkin, J. M. (April 2004). Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society. *New York University Law Review*, 79(1), 1-55. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=470842>
3. Cavanillas Múgica, S. (Coord.). (2007). *Responsabilidad de los proveedores de información en internet*. Granada: Comares.
4. Comisión Europea. (1996). *Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre contenidos ilícitos y nocivos en Internet*. 16 de octubre de 1996 COM (96) 0487.
5. Comisión Europea. (2012). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Un marco coherente para aumentar la confianza en el mercado único digital del comercio electrónico y los servicios en línea*. COM (2011) 942 final Bruselas, 11.1.2012, SEC(2011) 1640 y 1641 final.

6. Cotino Hueso, L. (2005). Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los “blogs”). En *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías* (pp. 51-76). Burgos: Universidad de Burgos.
7. Cotino Hueso, L. (Coord.). (2007). *Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información*. Valencia: Tirant lo Blanch.
8. Cotino Hueso, L. (2008). Nuevas tecnologías, desafíos y posibilidades para la libertad de expresión. En *III Jornadas de Derecho Constitucional “Constitución y libertad de expresión”*. Fundación Giménez Abad – Cortes de Aragón– Uned, Barbastro (Huesca), 7-8 de noviembre de 2008.
9. Cotino Hueso, L. (2010). Datos personales y libertades informativas. Medios de comunicación social como fuentes accesibles al público (Art. 3 de la LOPD). En A. Troncoso Reijada (Dir.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*. México: Thomsom-Civitas, Cizur Menor. Acceso en <http://goo.gl/JDtPL>
10. Cotino Hueso, L. (Coord.). (2011). *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*. Valencia: Universidad de Valencia.
11. Cotino Hueso, L. (2013). La selección y personalización de noticias por el usuario de nuevas tecnologías. En L. Corredoira y L. Cotino (Eds.), *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
12. Cotino Hueso, L. (2015). El conflicto entre las libertades de expresión e información en internet y el derecho a la protección de datos. El derecho al olvido y sus retos: “un falso derecho, a juzgar por un falso tribunal. En I. Bel y L. Corredoira (Dirs.), *Derecho de la información. El ejercicio del derecho a la información y su jurisprudencia* (pp. 38-429). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
13. Cotino Hueso, L. y De la Torre Forcadell, S. (2002). El caso de los contenidos nazis en Yahoo ante la jurisdicción francesa: un nuevo ejemplo de la problemática de los derechos fundamentales y la territorialidad en internet. En *Actas del XV Seminario de Derecho e Informática* (pp. 897-917). Madrid: Universidad de Comillas/Aranzadi.
14. Escobar Roca, G. (2011). Reflexiones en torno a los principios de la comunicación pública en el ciberespacio. En L. Cotino Hueso (Coord.), *Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información* (pp. 115-132). Valencia: Tirant lo Blanch.
15. Fernández Teruelo, J. G. (2011). Las implicaciones penales de la Ley 34/2002 para los proveedores de servicios de internet. En L. Cotino Hueso (Coord.), *Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información*, (pp. 387-412). Valencia: Tirant lo Blanch.

16. Grimalt, P. (2007). *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*. Madrid: lustel.
17. Grimalt, P. (2011). Responsabilidad civil por contenidos en la red: Ley 34/2002 y Ley de Prensa y responsabilidad civil por hecho ajeno. En L. Cotino Hueso (Edit.), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías* (pp. 269-282). Valencia: Universidad de Valencia.
18. Little, L. E. (2012). Internet Defamation, Freedom of Expression, and the Lessons of Private International Law for the United States. *European Yearbook of Private International Law*, 14.
19. Morales García, Ó. (2002). Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información. *Cuadernos de Derecho Judicial*, (9), 179-240.
20. Peguera Poch, M. (2007). *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*. Granada: Comares.
21. Peguera Poch, M. (2011). Sobre la necesidad de revisar el marco legal de exclusión de responsabilidad de los proveedores de servicios de intermediación. En L. Cotino Hueso (Edit.), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías* (pp. 256-268). Valencia: Universidad de Valencia.
22. Roig Batalla, A. (2011). El anonimato y los límites a la libertad en internet. En L. Cotino Hueso (Coord.), *Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información*. Valencia: Tirant lo Blanch.
23. Seltzer, W. (2010). Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor: Chilling Effects if the DMCA on The First Amendment. *Harvard Journal of Law & Technology*, 24(1), 171-232.
24. Schauer, F. (1978). Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the "Chilling Effect". *Boston University Law Review*, 685-689.
25. Verbiest, Th. (2007). *Study on the liability of internet intermediaries*. Obtenido de ec.europa: http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf
26. Volokh, E. (1995). Cheap Speech and What It Will Do. *The Yale Law Journal*, 1805-1850.
27. Volokh, E. (2012). *Freedom of Speech and Information Produced Using Computer Algorithms*. Obtenido de goo.gl: <http://goo.gl/68NPI>
28. Wu, T. (2011). Collateral Censorship and the Limits of Intermediary Immunity. *Notre Dame Law Review*, 87(1), 293-349.
29. Wu, T. (2012). Free Speech for Computers? Obtenido de The New York Times: <http://goo.gl/nTZPX>.